

## Durham Research Online

---

### Deposited in DRO:

20 September 2011

### Version of attached file:

Published Version

### Peer-review status of attached file:

Peer-reviewed

### Citation for published item:

Garde, A. and Mahé, Sophie (2009) 'L'affaire Viking : dans quelle mesure une action syndicale collective peut-elle constituer un obstacle à la liberté d'établissement?', *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 525 . pp. 97-106.

### Further information on publisher's website:

<http://www.editecom.com/index2.php?refRevue=RMC>

### Publisher's copyright statement:

### Additional information:

---

### Use policy

The full-text may be used and/or reproduced, and given to third parties in any format or medium, without prior permission or charge, for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes provided that:

- a full bibliographic reference is made to the original source
- a [link](#) is made to the metadata record in DRO
- the full-text is not changed in any way

The full-text must not be sold in any format or medium without the formal permission of the copyright holders.

Please consult the [full DRO policy](#) for further details.



# L'AFFAIRE VIKING: DANS QUELLE MESURE UNE ACTION SYNDICALE COLLECTIVE PEUT-ELLE CONSTITUER UN OBSTACLE À LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT?

par AMANDINE GARDE (\*) et SOPHIE MAHÉ (\*\*)

*L'arrêt que la Cour de Justice des Communautés européennes a rendu dans l'affaire Viking, le 11 décembre 2007, est intéressant à plus d'un titre. Il apporte tout d'abord d'importantes précisions quant au champ d'application de l'article 43 du traité CE relatif à la liberté d'établissement. La Cour y reconnaît, d'une part, que cet article peut être invoqué envers un syndicat ou une association de syndicats, le dotant ainsi d'un certain effet direct horizontal, et, d'autre part, qu'il est applicable à une restriction résultant de l'exercice du droit de mener une action collective, dont elle proclame le caractère fondamental. En outre, la Cour s'est prononcée sur les conditions qu'une action collective devait remplir afin de justifier une atteinte à la liberté d'établissement, confirmant ainsi le rôle fondamental du principe de proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire.*

Si la perspective de l'intégration de nouveaux États au sein de l'Union européenne avait conduit les « Quinze » à craindre un afflux massif de main-d'œuvre en provenance de ces États, de sorte que le traité d'adhésion leur avait laissé la faculté de maintenir des restrictions à la libre circulation des travailleurs pendant une période de sept ans, aucune restriction comparable de la liberté d'établissement n'a été mise en place, si bien qu'on a pu craindre le dumping social. Se posait, ainsi, la question de savoir comment ce phénomène pourrait être évité dans une Europe qui se donne pour objectif, non seulement d'aboutir à une économie transnationale intégrée, mais aussi de garantir « un niveau de protection sociale élevé » (1). Plus particulièrement, puisque les syndicats pouvaient apparaître comme des acteurs de premier plan dans la lutte contre un tel dumping salarial, l'interrogation portait sur la marge de manœuvre qui devrait être reconnue, par les États membres comme par les institutions européennes, à l'action syndicale. Doit-on

admettre que l'article 43 du traité CE, qui prohibe toute restriction à la liberté d'établissement, a un effet direct horizontal, ce qui aurait pour effet de le rendre opposable à un syndicat? Doit-on admettre que le droit de mener une action collective constitue un droit fondamental soustrait, comme tel, au champ d'application de l'article 43? À supposer que l'article 43 soit applicable à des actions collectives menées par des syndicats, comment concilier la liberté d'établissement et le droit d'action collective? Quel est le juste équilibre à trouver entre ces intérêts qui s'opposent parfois?

L'affaire Viking, jugée le 11 décembre 2007, a permis à la Cour de justice des Communautés européennes (« la Cour ») d'apporter des éléments de réponse à ces questions (2). En l'espèce, la société Viking, opérateur de transport par ferries soumise au droit finlandais, fit part au syndicat auquel les membres de son personnel étaient adhérents, la Finnish Seamen's Union (FSU), de son projet d'immatriculer l'un de ses navires, le Rosella, en Estonie, afin de diminuer ses coûts salariaux. La FSU a alors annoncé une grève, en exigeant de la société Viking soit qu'elle renonce à son projet, soit qu'elle s'enga-

(\*) Université d'Exeter, Angleterre. Les commentaires sur cet article sont les bienvenus: A.Garde@exeter.ac.uk

(\*\*) Université de Paris XI Sceaux.

(1) Article 2 du traité CE.

(2) Arrêt de la Cour du 11 décembre 2007, affaire C-438/05, The International Transport Workers' Federation et The Finnish Seamen's Union, Recueil 2007, p. I-10779.



## SYSTÈME JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

ge à ce qu'un éventuel changement de pavillon du Rosella n'entraîne aucun licenciement ni aucune modification des conditions d'emploi des salariés travaillant à bord de ce navire. Elle a également averti du projet de la société Viking la fédération internationale des syndicats d'ouvriers employés dans le secteur des transports (l'International Transport Workers' Federation (ITF)). En application de sa politique de lutte contre les pavillons de complaisance, dont l'objectif est d'assurer un lien véritable entre le pavillon d'un navire et la nationalité de son propriétaire, l'ITF a adressé une circulaire à ses affiliés, dans laquelle elle leur a enjoint de s'abstenir d'entamer des négociations avec la société Viking – le principe de solidarité obligeant les syndicats affiliés à suivre cette recommandation. La société Viking a alors saisi les juridictions britanniques d'un recours visant à faire déclarer les actions de la FSU et de l'ITF contraires à l'article 43 CE, le siège de la FSU étant situé à Londres. La *Court of Appeal* a considéré que le litige dont elle était saisie nécessitait une interprétation du droit communautaire et a, par conséquent, décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour une série de questions préjudicielles portant, d'abord, sur le point de savoir si l'article 43 CE était applicable à une action collective menée par un syndicat ou une association de syndicats (I) et, dans l'affirmative, si la restriction causée à la liberté d'établissement de la société Viking était néanmoins compatible avec cet article (II) (3).

### I. — ACTION SYNDICALE COLLECTIVE ET APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 43 CE

L'examen de la compatibilité avec l'article 43 CE de la restriction apportée par les actions collectives menées par la FSU et l'ITF à la liberté d'établissement de la société Viking était subordonné à l'admission préalable de l'applicabilité de l'article 43 CE en l'espèce, ce qui supposait que la Cour réponde positivement à deux questions : celle de savoir, d'abord, si l'article 43 CE peut être opposé par une entreprise à un syndicat ou une association de syndicats (A) et celle de savoir, ensuite, si une restriction de la liberté d'établissement résultant de l'exercice d'un droit fondamental entre dans le champ d'application de l'article 43 CE (B).

#### A – La question de l'effet direct horizontal de l'article 43 CE

La Cour a énoncé que l'article 43 était de nature à conférer des droits à une entreprise privée susceptibles d'être opposés à un syndicat ou à une association de syndicats, reconnaissant ainsi que l'article 43 pouvait avoir un effet direct horizontal (4). L'arrêt confirme ainsi que l'article 43 CE ne s'applique pas seulement à l'action des autorités publiques ; il peut également appréhender le comportement de parties privées, à condition que celles-ci disposent d'une autonomie juridique leur permettant de régler de façon collective les relations de travail (5).

La Cour a considéré que l'organisation d'actions collectives par les syndicats de travailleurs relève de l'autonomie juridique dont ces organismes, qui ne constituent pas des entités de droit public, disposent au titre de la liberté syndicale qui leur est reconnue, notamment, par le droit national (6). Or, les conditions de travail dans les différents États membres étant régies tantôt par la voie de dispositions d'ordre législatif ou réglementaire, tantôt par des conventions collectives et d'autres actes conclus ou adoptés par des parties privées, une limitation des interdictions prévues par le traité aux actes de l'autorité publique risquerait de créer des inégalités quant à son application.

La Cour avait déjà retenu l'applicabilité des articles 43 et 49 à des entités de droit privé dans sa jurisprudence antérieure, comme elle l'a d'ailleurs explicitement rappelé dans l'arrêt *Viking* : « Il est de jurisprudence constante que les articles 39 CE, 43 CE et 49 CE ne régissent pas seulement l'action des autorités publiques, mais s'étendent également aux réglementations d'une autre nature qui visent à régler, de façon collective, le travail salarié, le travail indépendant et les prestations de services » (7). L'arrêt *Viking* apporte cependant un élément nouveau concernant l'étendue de l'effet direct horizontal de l'article 43. En réponse à l'argument mis en avant par la FSU et l'ITF selon lequel les syndicats n'avaient pas de pouvoir normatif (8), la Cour a fait remarquer que sa jurisprudence ne comportait aucun indice permettant de soutenir valablement qu'elle se limiterait aux associations ou aux organismes exerçant une fonction réglementaire ou disposant d'un pouvoir quasi législatif. Au contraire, en exerçant le pouvoir autonome dont elles disposent au titre de la liberté syndicale de négocier avec les employeurs ou les organisations professionnelles les conditions de travail et de rémunération des travailleurs, les organisations syndicales des travailleurs participent à la formation des conventions visant à

régler de façon collective le travail salarié (9). La participation des organisations syndicales des travailleurs à l'élaboration de règles collectives suffit à invoquer l'applicabilité de l'article 43 à leur rencontre. La notion de pouvoir autonome est donc plus large que la notion de pouvoir normatif. Anne Davies a fait valoir que les actions collectives menées dans les affaires *Viking* et *Laval* avaient été particulièrement efficaces, ce qui aurait contribué à donner l'impression fautive que les syndicats pouvaient imposer aux employeurs les conditions de travail auxquelles seraient soumis les employés. Or, le pouvoir de négociation dont disposent les syndicats varie fortement d'une affaire à l'autre en fonction des circonstances de chaque espèce. Il semblerait pourtant que l'arrêt de la

(3) L'arrêt *Viking* est à lire en parallèle avec l'arrêt *Laval*, rendu une semaine plus tard par la Cour et partant sur la compatibilité avec l'article 49 du traité CE sur la liberté de circulation des services d'une action collective : arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, affaire C-341/05, *Laval*, Recueil 2007, p. I-11767.

(4) Arrêt *Viking*, point 66. Les paragraphes relatifs à la détermination de l'effet direct horizontal de l'article 43 CE sont les points 33 à 37 et les points 56 à 66.

(5) La Cour a retenu une solution similaire retenue dans l'arrêt *Laval* à propos de l'article 49 ; ce qui est logique dans la mesure où les deux articles sont très semblables et que le choix de l'un plutôt que de l'autre dépend seulement du degré de rattachement à l'État d'accueil, comme la Cour l'a notamment indiqué dans l'arrêt *Gebhard* : « Un ressortissant d'un État membre qui, de façon stable et continue, exerce une activité professionnelle dans un autre État membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet État, relève des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui relatif aux services ». Arrêt de la Cour du 30 novembre 1995, *Gebhard*, affaire C-55/94, Recueil 1995, p. I-4165.

(6) Arrêt *Viking*, point 35.

(7) Arrêt *Viking*, point 33. La Cour s'est fondée sur les arrêts suivants : arrêt du 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, affaire 36/74, Recueil 1974, p. I-1405, point 17 ; arrêt du 14 juillet 1976, *Donà*, affaire 13/76, Recueil 1976, p. 1333, point 17 ; arrêt du 15 décembre 1995, *Bosman*, affaire 415/93, Recueil 1995, p. I-4921, point 82 ; arrêt du 11 avril 2000, *Deliège*, affaires jointes C-51/96 et C-191/97, Recueil 2000, p. I-2549, point 47 ; arrêt du 6 juin 2000, *Angonese*, affaire C-281/98, Recueil 2000, p. I-4139, point 31 ; et arrêt du 19 février 2002, *Wouters*, affaire C-309/99, Recueil 2002, p. I-1577, point 120.

(8) Pour une discussion des arguments présentés à la Cour dans l'affaire *Viking*, voir B. BERCUSSON, « The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day », *European Law Journal* 13 (2007) 279.

(9) Arrêt *Viking*, points 64 à 66.



## SYSTÈME JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

Cour assimile le rôle des syndicats à celui des associations professionnelles, alors que ces deux rôles sont de nature différente: les syndicats négocient des conditions de travail avec les employeurs, tandis que les associations professionnelles édictent des règles qu'elles auront adoptées unilatéralement afin de régir la conduite de leurs membres (10). S'il est vrai que les syndicats disposent de moyens de pression plus ou moins importants en fonction des circonstances d'une affaire donnée, faut-il pour autant en conclure que l'article 43 ne devrait jamais pouvoir être invoqué à leur encontre? Il nous semble plus judicieux de prendre en compte le pouvoir de négociation des syndicats lors de l'appréciation de la restriction sur la liberté d'établissement, plutôt que de décider par principe que l'article 43 ne leur est pas applicable. Si l'emploi de la notion de « réglementation collective » est critiquable dans le sens que les syndicats n'édictent pas, à eux seuls, des normes comme les associations professionnelles peuvent le faire, il n'en reste pas moins qu'ils sont en mesure de fortement influencer le comportement collectif de leurs membres, ce qui nous semble justifier l'extension de l'invocabilité de l'article 43 à leur encontre.

Le raisonnement de la Cour repose sur la volonté d'assurer une certaine uniformité d'application du droit communautaire entre les États membres – volonté qui se retrouve d'ailleurs un peu plus loin dans l'arrêt lorsque la Cour fait remarquer qu'il résulte de sa jurisprudence antérieure que l'abolition entre les États membres des obstacles à la libre circulation des personnes et à la libre prestation des services serait compromise si la suppression des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations et des organismes ne relevant pas du droit public (11). Outre l'uniformité du droit communautaire, la Cour cherche également à en assurer l'efficacité. À cette fin, elle note que les actions collectives constituent souvent l'ultime recours des organisations syndicales afin de faire aboutir leurs revendications visant à régler de façon collective les conditions de travail salarié. En l'espèce, l'action de l'ITF et de la FSU faisait suite à l'échec de la négociation d'une convention collective qui aurait permis de réglementer les conditions de travail, et notamment la rémunération, des salariés de la société Viking. La Cour conclut qu'une telle action collective doit être considérée comme étant inextricablement liée à la convention collective qu'un syndicat ou une association de syndicats cherche à conclure, et qu'elle relève, en principe, du champ d'application de l'article 43 CE (12). Cette approche est convaincante. Exclure toute possibilité d'invoquer l'article 43 à l'encontre

d'organisations syndicales risquerait de compromettre l'application uniforme et l'efficacité du droit communautaire selon le modèle social applicable sur chaque territoire national (13). Ceci est d'autant plus vrai que les États membres conservent une marge de manœuvre importante leur permettant de favoriser le dialogue social plutôt que d'adopter des règles législatives afin d'assurer la paix sociale sur leur territoire.

Toujours dans le but de garantir une plus grande efficacité à l'article 43, la Cour a rejeté l'argument de la FSU et de l'ITF qui avaient fait valoir qu'il s'adressait aux États membres et que son interprétation littérale excluait qu'il puisse s'appliquer aux comportements de parties privées. Pour ce faire, la Cour a raisonné par analogie avec son deuxième arrêt *Defrenne*, dans lequel elle avait décidé que le fait que l'article 141 CE était formellement adressé aux États membres n'excluait pas que des droits puissent être conférés simultanément à tout particulier intéressé à l'observation des obligations ainsi définies et que cet article ayant un caractère impératif, la prohibition de discriminations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toute convention visant à régler de façon collective le travail salarié (14). Or, d'après la Cour, ces considérations valent également pour l'article 43 qui consacre une liberté fondamentale et qui doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles au principal, il peut être directement invoqué par une entreprise privée à l'encontre d'un syndicat ou d'un groupement de syndicats (15). En outre, la Cour a invoqué, à l'appui de son raisonnement, sa jurisprudence relative à l'interprétation des articles 28-30 CE relatifs à la libre circulation des marchandises, et notamment les arrêts *Commission c./France* (16) et *Schmidberger* (17), dont il ressort que des restrictions peuvent être d'origine non étatique et résulter d'actions menées par des personnes privées ou des groupements de telles personnes (18). Cette analogie nous paraît critiquable. Certes, ces deux affaires trouvaient leur origine dans certains comportements privés, dans la mesure où des manifestations d'agriculteurs français ont empêché l'importation de produits agricoles en provenance notamment de l'Espagne dans la première, alors qu'une manifestation de militants écologistes autrichiens a interrompu la circulation sur un axe routier important reliant l'Allemagne à l'Italie dans la seconde. Toutefois, l'article 28 y était invoqué non pas à l'encontre des parties privées en question, mais envers les deux États membres sur le territoire desquels les personnes privées agissaient: la France et l'Autriche ont été assignées faute d'avoir pris les mesures nécessaires à l'encontre de certains de leurs ressortissants

qui mettaient à mal le fonctionnement du marché intérieur. C'est d'ailleurs en raison de leur omission à agir que l'article 28 a été interprété à la lumière de l'article 10 CE qui impose aux États membres d'honorer leurs engagements communautaires. L'affaire *Viking* n'aurait été comparable aux affaires *Commission c./France* et *Schmidberger* que si la Finlande avait été assignée faute d'être intervenue afin de mettre un terme aux actions collectives initiées par l'ITF et la FSU. Or, ce n'est pas ce qui s'est passé en l'espèce. Les mécanismes en jeu dans les affaires *Commission c./France* et *Schmidberger*, d'une part, et dans l'affaire *Viking*, d'autre part, n'étant pas comparables, l'analogie de la Cour perd sa raison d'être. La comparaison nous semble d'autant plus problématique que la Cour n'a pas reconnu d'effet direct horizontal à l'article 28 (19). La possibilité d'agir à l'en-

(10) A. DAVIES, « One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ », *Industrial Law Journal* 37 (2008) 126, page 136.

(11) Arrêt *Viking*, point 57. La Cour a adopté un raisonnement identique, bien que nettement moins détaillé, dans l'affaire *Laval*, point 98.

(12) Arrêt *Viking*, points 36 et 37.

(13) De même en matière de liberté de circulation des services. Dans son commentaire sur l'arrêt *Laval*, Joël Cavallini a fait remarquer que « [...] en accordant au dialogue social une place prééminente dans l'édiction de la norme, le modèle suédois conduit paradoxalement à réduire le champ d'application de son droit du travail. Son refus de consacrer par acte d'autorité le résultat de pareille négociation fait perdre à la Suède le bénéfice [de la directive... sur le détachement des travailleurs] qui permet un renvoi partiel au droit d'accueil afin de protéger le salarié détaché. Seul le droit primaire, et en l'occurrence l'article 49 CE sur la libre prestation de services, est susceptible d'appréhender entièrement la situation en cause ». J. CAVALLINI, *Semaine juridique sociale* n° 6, 5 février 2008, 1087.

(14) Arrêt de la Cour du 8 avril 1976, *Defrenne*, affaire 43/75, Recueil 1976, p. 455, points 38 et 39.

(15) Arrêt *Viking*, points 58 à 61.

(16) Arrêt du 9 décembre 1997, *Commission c./France*, affaire C-265/95, Recueil 1997, p. I-6959, point 30.

(17) Arrêt *Schmidberger*, points 57 et 62.

(18) Arrêt *Viking*, point 62.

(19) La jurisprudence de la Cour sur l'effet direct de l'article 28 du traité semble rejeter que cette disposition puisse avoir un effet horizontal: voir notamment l'arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 1985, *Vlaamse Reisbureau*, affaire 311/85, Recueil 1987, p. I-3801: « Étant donné que les articles 28 et 29 du traité ne visent que des mesures publiques et non des comportements d'entreprises, seule la compatibilité avec ces articles de dispositions nationales du type de celles en cause dans l'affaire au principal doit être examinée » (point 30).





## SYSTÈME JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

contre d'un État membre sur le double fondement des articles 28 et 10 permettait en fait de pallier à l'impossibilité d'invoquer directement l'article 28 à l'encontre d'une partie privée. Est-ce à dire, cependant, que l'article 43 ne devrait pas être invocable à l'encontre de syndicats? (20). Nous ne le pensons pas. Au contraire: les affaires *Commission c./France* et *Schmidberger* témoignent des difficultés à agir contre un État membre, renforçant la nécessité qu'une action puisse être menée contre une partie privée responsable d'une restriction à la liberté d'établissement. Les deux mécanismes sont, certes, complémentaires mais ils restent distincts. La Cour était donc bien fondée, dans l'affaire *Viking*, à reconnaître un effet direct horizontal à l'article 43.

Toutefois, il nous paraît judicieux que la Cour ait posé des limites à l'ingérence des dispositions du traité CE relatives à la liberté de circulation dans la vie des personnes privées, conciliant ainsi les impératifs de libre circulation avec ceux du respect pour la liberté individuelle des acteurs économiques (« private autonomy »). Julio Baquero-Cruz a fait remarquer que le bon fonctionnement du marché intérieur reposait justement sur la volonté de multiplier les choix des acteurs économiques en leur permettant de bénéficier d'un marché élargi et donc d'un plus grand nombre de débouchés. Il pourrait donc sembler paradoxal de restreindre leur choix en accordant un plein effet direct horizontal aux dispositions relatives à la libre circulation (21). Par conséquent, en énonçant que l'article 43 sera invocable à l'encontre d'une partie privée à condition que celle-ci dispose d'une autonomie juridique et qu'elle l'exerce afin de régler de façon collective les conditions de travail, l'arrêt *Viking* pose *a contrario* que, si l'action d'une personne privée n'a pas pour but ou pour effet de régler de façon collective les conditions de travail, alors il ne sera pas possible d'invoquer l'article 43 à son égard (22).

L'avocat général Poiares Maduro avait proposé un test d'application beaucoup plus large qu'il a résumé ainsi: « Les règles sur la libre circulation s'appliquent directement à toute action privée susceptible de restreindre effectivement d'autres personnes dans l'exercice de leur droit à la libre circulation [...]. Ces dispositions s'appliquent à une action privée qui, en raison de son effet général sur les titulaires de droits à la libre circulation, est susceptible de les restreindre dans l'exercice de ces droits, en soulevant un obstacle qu'ils ne peuvent raisonnablement pas contourner » (23). Cette approche diffère très sensiblement de celle retenue par la Cour en raison, notamment, du degré de généralisation de la for-

mule sur laquelle elle se fonde: l'avocat général fait référence aux « règles » ou aux « dispositions sur la libre circulation », sans faire de distinction entre la liberté de circulation des personnes et des services, d'une part, et la liberté de circulation des marchandises, d'autre part. En outre, il propose que « toute action privée » soit considérée d'effet direct si elle est « susceptible » d'entraver « effectivement » l'exercice des droits à la libre circulation « d'autres personnes ». Pour ce faire, l'avocat général interprète la jurisprudence de la Cour de manière très extensive. La seule limite qu'il entrevoit à l'effet direct horizontal d'une disposition relative à la libre circulation est l'effet général de l'action privée en question. Si on peut faire valoir que ce test est susceptible d'assurer l'effectivité maximale des dispositions du traité CE sur la libre circulation, il n'en demeure pas moins extrêmement difficile à mettre en œuvre. Il nécessiterait l'introduction d'une règle *de minimis* – c'est-à-dire l'introduction d'un seuil au-delà duquel les dispositions sur la libre circulation peuvent être invoquées à l'encontre de n'importe quelle partie, publique ou privée. En outre, une telle règle limiterait très sérieusement l'autonomie des acteurs économiques tout en posant des problèmes de sécurité juridique. Accorder un effet direct horizontal aussi large aux dispositions relatives à la liberté de circulation est susceptible de créer plus de problèmes que d'en résoudre. Prenons l'exemple d'une chaîne importante de distribution. Supposons que l'ensemble des supermarchés de cette enseigne favorise la vente de produits originaires d'un État membre donné. Comment doit-on évaluer cette pratique au regard de l'applicabilité de l'article 43, en l'absence de toute intervention étatique? Certes, l'avocat général a fait valoir qu'un petit commerçant qui refuserait d'acheter des produits étrangers ne serait pas, à lui seul, susceptible d'entraver le fonctionnement du marché intérieur, dans la mesure où il n'aurait pas suffisamment de pouvoir économique pour empêcher les consommateurs potentiels de ces biens de se fournir chez d'autres commerçants (24). Le pouvoir économique dont disposent les gros distributeurs est naturellement beaucoup plus important. À partir de quel moment leurs décisions commerciales sont-elles « susceptibles » d'entraver « effectivement » l'exercice des droits à la libre circulation « d'autres personnes »? Ne vaut-il pas mieux se fonder alors exclusivement sur les articles 81 et 82 du traité qui interdisent les ententes et les abus de position dominante qui mettent à mal le bon fonctionnement du marché intérieur? D'autre part, si leur décision commerciale de ne stocker que des produits locaux était jugée contraire à l'article 28 CE, elle aurait peu de

chance d'être justifiée sur le fondement de l'article 30 CE. Outre une objection de principe, cette solution soulèverait également des difficultés pratiques importantes. On pourrait tout à fait imaginer que le refus d'un supermarché de vendre des biens étrangers soit motivé par les modes de consommation en vigueur qui favoriseraient le commerce de proximité; voire même par un manque de place sur les étagères ou dans les dépôts du commerçant en

(20) Dans ce sens, voir P. SYRIPS et T. NOVITZ, « Economic and social rights in conflict: Political and judicial approaches to their reconciliation », *European Law Review* 33 (2008) 411, page 421.

(21) « The single market is to result spontaneously, mainly from the dismantling of State barriers to trade, and individuals should not be forced to realise it. The free movement provisions are designed to create the conditions of possibility for a single market to emerge spontaneously and flourish through trade, but cannot have this effect without the free behaviour of individuals ». J. BAQUERO-CRUZ, « Between Competition and Free Movement – The Economic Constitutional Law of the European Community », *Hart*, 2002, p. 122.

(22) Il n'en reste pas moins que dans l'arrêt *Viking* la Cour n'est pas allée aussi loin que ce qu'elle avait fait quelques années plus tôt en matière de liberté de circulation des travailleurs dans l'arrêt *Argonese*, concernant les méthodes de sélection auxquelles une banque privée avait eu recours à Bolzano, dans lequel elle a interdit à tout employeur, qu'il soit personne publique ou privée, de recourir à toute forme de discrimination, directe ou indirecte, fondée sur la nationalité, voire même lorsqu'une mesure non discriminatoire restreindrait l'accès au marché. (Pour une discussion sur ce point, voir S. van DEN BOGAERT, « Horizontality: The Court Attacks », dans C. BARNARD et J. SCOTT (eds.), « The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises », *Hart Publishing*, 2002, page 123). En l'espèce, le candidat qui s'était vu refuser un entretien d'embauche au motif qu'il ne détenait pas le certificat de bilinguisme que la banque exigeait de lui avait pu invoquer l'article 39 CE à son encontre afin de contester la décision individuelle qu'elle avait prise à son égard de ne pas considérer le mérite de sa candidature. Dans son arrêt *Viking* et conformément au consensus général qui semble se dégager des arguments mis en avant par l'ensemble des intervenants, l'effet direct de l'article 43 est plus limité, exigeant dans les situations horizontales que la partie privée en question dispose d'une autonomie juridique et qu'elle l'exerce afin de régler les conditions de travail de manière collective (et non pas individuelle). Une solution identique a été retenue dans l'arrêt *Laval*.

(23) L'analyse de l'avocat général relative à l'effet direct horizontal de l'article 43 se trouve aux points 29 à 56 de ses conclusions en date du 23 mai 2007, et notamment aux points 43 et 48 que nous venons de citer.

(24) Point 42.



## SYSTÈME JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

question. Dans quelle mesure doit-on exiger d'un distributeur – aussi important soit-il – qu'il modifie ses habitudes de faire des affaires en vue de favoriser l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur? L'approche retenue par la Cour nous paraît plus mesurée, conciliant les impératifs d'uniformité et d'efficacité du droit communautaire avec la liberté individuelle des acteurs économiques privés et évitant ainsi des positions de principe trop dogmatiques susceptibles de nuire à son évolution; elle nous semble également mieux correspondre à la réalité commerciale.

### B – L'applicabilité de l'article 43 CE à une restriction résultant de l'exercice du droit fondamental de mener une action collective

L'ITF et la FSU avaient également fait valoir que le droit pour les syndicats de mener une action collective constituait un droit fondamental qui serait, en tant que tel, soustrait au champ d'application de l'article 43 (25). La Cour était donc invitée à se prononcer, tout d'abord, sur la nature du droit de mener une action collective, puis sur la question de savoir si l'article 43 est susceptible d'être invoqué lorsque la restriction en jeu résulte d'une action collective.

Sur le premier point, la Cour relève que « le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, est reconnu tant par différents instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré [...] que par des instruments élaborés par lesdits États membres au niveau communautaire ou dans le cadre de l'Union, tels que la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs [...] et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [...] » (26). La Cour en déduit que « le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, doit être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect » (27). La motivation de la Cour, qui reconnaît pour la première fois que le droit de mener une action collective et le droit de grève constituent des droits fondamentaux protégés dans l'ordre juridique communautaire, retient particulièrement l'attention. En effet, depuis l'arrêt *Hauer* (28), c'est la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (« la CEDH ») qui a constitué l'instrument privilégié d'identification des droits fondamentaux dont le respect est assuré dans l'ordre juri-

dique communautaire, et elle a conservé ce rôle même après l'adoption de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la charte ») (29). Lorsqu'elle a mentionné la charte, la Cour ne l'a généralement fait qu'aux fins de renforcer une motivation articulée à titre principal sur la CEDH. Dans l'arrêt *Parlement européen c./Conseil de l'Union européenne*, par exemple, elle a tout d'abord affirmé que « le droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la CEDH fait partie des droits fondamentaux qui, selon la jurisprudence constante de la Cour, sont protégés dans l'ordre juridique communautaire », et précisé ensuite que « la charte, en son article 7, reconnaît de même le droit au respect de la vie privée ou familiale » (30). La référence conventionnelle précède donc ici la référence à la charte, qui apparaît comme un simple élément confortatif. Dans l'arrêt *Viking*, la Cour se départ de sa méthode traditionnelle, pour faire de la charte une véritable source d'identification des droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique communautaire. Cette démarche est innovante, et elle est d'autant plus significative qu'aucune référence n'est faite à la CEDH (31). Il est fort probable que l'arrêt *Viking* initie une volonté durable de la Cour de donner à la charte un poids plus important. En effet, dans l'arrêt *Laval*, la Cour a réaffirmé, sur le même fondement, le caractère fondamental du droit de mener une action collective, dont le droit de grève. En outre, le contexte politique est favorable, les chefs d'États et de gouvernements des pays membres ayant signé, le 13 décembre 2007, le traité de Lisbonne (32) qui prévoit que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la charte [...] laquelle a la même valeur juridique que les traités ». La Cour pourrait, jusqu'à la ratification du traité de Lisbonne par les 27 ou, à défaut, jusqu'à ce que la charte acquière une valeur juridique contraignante par un autre biais, persister dans la voie ouverte par les arrêts *Viking* et *Laval* (33).

Ayant reconnu au droit de mener une action collective, dont le droit de grève, la nature de droit fondamental, la Cour était invitée à se pencher sur la question de savoir si une restriction apportée à une liberté de circulation devait être exclue du champ d'application des interdictions posées par le traité en raison du fait qu'elle résulte de l'exercice d'un droit fondamental. La Cour répond par la négative. Se référant à l'article 28 de la charte, qui dispose que « les travailleurs [...] ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit [...] de recourir, en cas de conflit d'intérêt, à des actions collectives pour la défense de

leurs intérêts, y compris la grève », elle affirme que le droit de mener une action collective n'est pas absolu (34), et que son exercice doit donc être concilié avec les exigences du droit communautaire. Elle en conclut que « le caractère fondamental s'attachant au droit de mener une action collective n'est pas de nature à faire échapper les actions collectives en cause au champ d'application de l'article 43 CE » (35). L'affirmation ne surprend guère. Un raisonnement similaire avait, en effet, déjà été développé dans les arrêts *Schmidberger* (36) et *Omega* (37).

(25) Point 42 de l'arrêt.

(26) Point 43 de l'arrêt.

(27) Point 44 de l'arrêt.

(28) Arrêt de la Cour du 13 décembre 1979, *Hauer*, affaire C-44/79, Recueil 1979, p. 3727.

(29) Cette dernière n'ayant pas de force contraignante, la Cour a jusqu'alors fait preuve d'une attitude plutôt réservée à son égard: voir notamment l'arrêt du 11 juillet 2002, *Carpenter*, affaire C-60/00, Recueil 2002, p. I-6279, qui ne vise que la CEDH et la jurisprudence y étant relative sans faire la moindre référence à la charte.

(30) Nous soulignons. Arrêt de la Cour du 27 juin 2006, *Parlement européen c./Conseil de l'Union européenne*, affaire C-540/03, Recueil 2006, p. I-5769, aux points 52 et 58.

(31) En effet, dans son arrêt *Wilson*, la cour de Strasbourg a, sur le fondement de l'article 11 de la CEDH, reconnu le caractère fondamental du droit pour un syndicat d'être entendu en vue de la défense des intérêts de ses adhérents, ce qui implique le droit de mener une action collective et de faire grève: CEDH, 2 juillet 2002, *Wilson*, *National union of Journalists et autres c./Royaume-Uni*, notamment aux points 42 et 45.

(32) JOCE 2007/C 306/01.

(33) La démarche qui consiste à faire de la charte une source d'identification des droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique communautaire, malgré son absence de force obligatoire autonome n'a, en effet, rien de choquant, si, comme certains avocats généraux, on pense qu'elle a une valeur contraignante indirecte. Voir notamment les conclusions de l'avocat général Tizzano du 8 février 2001, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union c./Secretary of State for Trade and Industry*, affaire C-173/99, Recueil 2001, p. I-4881, au point 27.

(34) Point 44.

(35) Point 47.

(36) Arrêt de la Cour du 12 juin 2003, *Schmidberger*, affaire C-112/00, Recueil 2003, p. I-5659.

(37) Arrêt de la Cour du 14 octobre 2004, *Omega*, affaire C-36/02, Recueil 2004, p. I-9609.



## SYSTÈME JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

Dans ces arrêts, des autorités publiques avaient créé, par des mesures destinées à assurer la protection des droits fondamentaux (38), des restrictions aux libertés de circulation garanties par le traité CE. La Cour a néanmoins décidé que ces mesures n'étaient pas exclues du champ d'application des dispositions du traité, et les a soumises à son contrôle, afin d'apprécier leur compatibilité avec ces dispositions. Dans l'arrêt *Schmidberger*, la Cour a pris soin de préciser que « les libertés d'expression et de réunion sont susceptibles de faire l'objet de certaines limitations justifiées par des objectifs d'intérêt général » (39) et qu'il convient donc, dans ces conditions, « de mettre en balance les intérêts en présence et de déterminer si, [en l'espèce], un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts » (40). La solution retenue par la Cour mérite approbation. On ne peut affirmer de manière catégorique que les droits fondamentaux priment les libertés de circulation, et cela pour deux raisons. D'une part, comme l'a rappelé l'avocat général Stix-Hackl dans ses conclusions dans l'affaire *Omega*, « la Cour assure le respect des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit sur la base de l'article 220 CE ainsi que de l'article 6, paragraphe 2, UE. Ils peuvent être considérés comme faisant partie intégrante du droit originaire et comme occupant par conséquent le même rang hiérarchique que les autres dispositions du droit originaire, dont les libertés fondamentales » (41). D'autre part, ni les droits fondamentaux, ni les libertés de circulation ne bénéficient d'une protection absolue, mais doivent être conciliés avec d'autres intérêts généraux. Dès lors, quand surgit un conflit entre un droit fondamental et une liberté de circulation, le principe de proportionnalité permet leur conciliation selon les faits de chaque espèce.

Enfin, la Cour a rejeté l'argument du gouvernement danois selon lequel l'article 137(5) du traité empêcherait toute ingérence communautaire en matière de réglementation du droit de grève. Si l'article 137(5) n'accorde pas au législateur communautaire la compétence requise afin d'harmoniser par voie législative les droits des États membres relatifs aux rémunérations, au droit d'association, au droit de grève, et au droit de lock-out, est-ce à dire, pour autant, que cette disposition rend l'article 43 inapplicable aux faits de l'espèce? Comme la Cour a pu le faire valoir, les États membres doivent exercer leur compétence dans la limite des dispositions générales du traité: « [S]'il est vrai que, dans les domaines ne relevant pas de la compétence de la Communauté, les États membres restent, en principe, libres de fixer les conditions d'existence des droits en cause et les

modalités d'exercice de ces droits, il n'en demeure pas moins que, dans l'exercice de cette compétence, lesdits États sont néanmoins tenus de respecter le droit communautaire [...]. Par conséquent, la circonstance que l'article 137 CE ne s'applique ni au droit de grève ni au droit de lock-out n'est pas de nature à soustraire une action collective telle que celle en cause au principal à l'application de l'article 43 CE (42) ». Cette règle est logique si on souhaite que le marché intérieur fonctionne correctement. La raison d'être d'une base juridique est d'offrir la possibilité aux institutions communautaires d'agir, notamment par voie législative. Si, comme en l'espèce, la Communauté n'a pas le pouvoir d'adopter une directive ou un règlement afin d'encadrer le droit de grève ou de lock-out et que la compétence législative appartient, par conséquent, aux États membres (43), cela ne signifie pas pour autant que ceux-ci disposent d'une carte blanche en ce domaine: ils ne peuvent passer outre les règles générales relatives au fonctionnement du marché intérieur qui leur interdisent d'agir de manière discriminatoire à l'encontre des personnes, services, marchandises ou capitaux en provenance d'un autre État membre. Ceci est d'autant plus vrai que, si la délimitation du champ de l'action communautaire est nécessaire afin de déterminer l'étendue de la capacité d'intervention de la Communauté (44), il n'en reste pas moins que de nombreuses politiques nationales sont susceptibles d'avoir un effet sur la libre circulation (45). Ce serait le cas dans les domaines où la Communauté ne dispose d'aucune compétence, ainsi que dans ceux où elle ne dispose que d'une compétence limitée excluant toute intervention législative (46). Il est donc légitime d'exiger des États membres qu'ils tiennent compte des restrictions que leurs réglementations sont susceptibles d'engendrer et qu'ils les évitent, comme l'impose l'article 10 du traité (47). La Cour était donc bien fondée à rejeter l'argument selon lequel l'article 137(5) exclurait toute applicabilité de l'article 43 aux faits de l'espèce (48). Il n'en reste pas moins possible de tenir compte de la marge d'appréciation dont les États membres disposent dans des domaines essentiellement réglementés au niveau national lors de l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure nationale restreignant la libre circulation pour une raison impérieuse d'intérêt général (49).

L'article 43 CE étant applicable à la restriction apportée à la liberté d'établissement de la société Viking, la Cour pouvait procéder à l'examen de la compatibilité de cette restriction avec cette disposition.

(38) Plus exactement, dans l'arrêt *Omega*, la mesure restrictive avait pour objectif premier d'assurer la protection de l'ordre public. Les autorités avaient, en effet, considéré que le jeu exploité par la société *Omega* constituait un danger pour l'ordre public au motif qu'il était contraire à la dignité humaine.

(39) Point 79.

(40) Point 81.

(41) Conclusions du 18 mars 2004, au point 49.

(42) Points 40 et 41 de l'arrêt *Viking*.

(43) Le principe d'attribution des compétences est énoncé à l'article 5 du traité CE.

(44) Le premier arrêt *Allemagne c./Conseil et Parlement européen* est là pour nous le rappeler: arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, affaire C-376/98, Recueil 2000, p. I-8419.

(45) À l'appui de son raisonnement, la Cour a notamment cité par analogie (au point 40) une série d'arrêts relatifs soit à la Sécurité sociale, soit à la fiscalité directe: en ce qui concerne le domaine de la Sécurité sociale, arrêts de la Cour du 28 avril 1998, *Decker*, affaire C-120/95, Recueil 1998, p. I-1831, points 22 et 23; et *Kohl*, affaire C-158/96, Recueil 1998, p. I-1931, points 18 et 19; en ce qui concerne la fiscalité directe, arrêts de la Cour du 4 mars 2004, *Commission c./France*, affaire C-334/02, Recueil 2004, p. I-2229, point 21, et du 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, affaire C-446/03, Recueil 2005, p. I-10837, point 29.

(46) Ainsi, en matière notamment d'éducation (articles 149 et 150 du traité CE) et de santé publique (article 152), la Communauté complète l'action des États membres et encourage leur coopération, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres. Or, il a été reconnu, bien avant qu'on ne parle de compétence complémentaire suite à l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, que la réglementation par les États membres des domaines comme l'éducation et la santé publique pouvait donner lieu à des obstacles à la libre circulation.

(47) « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité [...] s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ».

(48) L'arrêt *Viking* ne présente en ce sens aucune originalité particulière. Pour un exemple encore plus récent, voir l'arrêt de la Cour du 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, affaire C-353/06, pas encore publié au Recueil, point 16: « [...] si, en l'état actuel du droit communautaire, les règles régissant le nom patronymique d'une personne relèvent de la compétence des États membres, ces derniers doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire, à moins qu'il ne s'agisse d'une situation interne n'ayant aucun rattachement au droit communautaire (voir arrêt du 2 octobre 2003, *García Avello*, C-148/02, Rec. p. I-11613, points 25 ainsi que 26 et jurisprudence citée) ».

(49) Voir la partie II.B. ci-dessous.



## II. — LA COMPATIBILITÉ DE LA RESTRICTION AVEC L'ARTICLE 43 CE

La Cour était saisie, à titre principal, des questions de savoir si les actions collectives menées par la FSU et l'ITF constituaient une restriction à la liberté d'établissement de la société Viking au sens de l'article 43 et, dans l'affirmative, si cette restriction était néanmoins compatible avec l'article 43. Cette seconde question impliquait de s'interroger sur l'existence d'un motif légitime de justification (A) et sur la proportionnalité de la restriction par rapport à l'objectif légitime poursuivi (B).

### A — Le motif de justification de la restriction

D'abord interrogée sur le point de savoir si les actions collectives menées par la FSU et l'ITF constituaient une restriction à la liberté d'établissement de la société Viking au sens de l'article 43, la Cour relève, s'agissant de l'action envisagée par la FSU, que celle-ci « a pour effet de rendre moins attrayant, voire même inutile, l'exercice par Viking de son droit de libre établissement, en ce qu'elle empêche cette dernière de bénéficier, dans l'État membre d'accueil, du même traitement que les autres opérateurs économiques établis dans cet État » (50) et, s'agissant de l'action menée par l'ITF en vue de mettre en œuvre la politique de lutte contre les pavillons de complaisance, qu'elle est « de nature à restreindre l'exercice par Viking de son droit de libre établissement » (51). La Cour en a conclu que « des actions telles que celles en cause au principal constituent des restrictions à la liberté d'établissement au sens de l'article 43 CE » (52).

La Cour était ensuite invitée à se pencher sur les justifications invoquées par les syndicats, et plus précisément sur le point de savoir si la restriction en cause pouvait être justifiée « au motif que l'exercice d'une action collective est un droit fondamental protégé par le droit communautaire et/ou en raison de la protection des travailleurs » (53). Deux motifs étaient ainsi invoqués devant la Cour. Celle-ci ne s'est pourtant référée qu'au second de ces motifs dans son examen de la compatibilité de la restriction avec l'article 43. Certes, l'arrêt énonce que « le droit de mener une action collective qui a pour but la protection des travailleurs constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction à

l'une des libertés fondamentales garanties par le traité et la protection des travailleurs figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général déjà reconnues par la Cour » (54). Toutefois, la proportionnalité de la restriction n'est ensuite examinée qu'au regard de l'objectif de protection des travailleurs (55). Cette constatation appelle deux séries de commentaires.

Tout d'abord, le seul exercice du droit de mener une action collective, pourtant qualifié de fondamental, ne constitue pas, selon la Cour, un motif légitime susceptible de justifier une restriction à une liberté de circulation garantie par le traité CE. Seul l'objectif poursuivi par les syndicats dans l'exercice de leur droit de mener une action collective peut être pris en considération. Cela peut *a priori* surprendre dans la mesure où, selon sa jurisprudence *Schmidberger*, la Cour considère que « le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité » (56). Une analyse des faits de cet arrêt permet de lever la contradiction apparente. L'État autrichien avait autorisé une association de défense de l'environnement à manifester sur une parcelle d'autoroute, ce qui avait eu pour conséquence la fermeture de cette autoroute pendant quatre jours consécutifs, le rassemblement ayant eu lieu entre un jour férié et une fin de semaine, fermés en tout état de cause à la circulation des poids lourds. Le requérant, une entreprise de transport allemande, invoquait, à l'encontre de l'État autrichien, une entrave à la liberté de circulation des marchandises. Pour sa défense, l'État autrichien avait fait valoir que cette restriction était compatible avec l'article 28 CE, dans la mesure où, notamment, elle était objectivement justifiée par la nécessité de respecter les libertés d'expression et de réunion des manifestants. La Cour admit cette argumentation, au motif que la protection des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire. Comme nous l'avons fait valoir ci-dessus, l'action en jeu dans l'arrêt *Viking* était portée, non verticalement, contre un État, mais horizontalement, contre un syndicat et une association de syndicats. La Cour n'était donc pas appelée à examiner une mesure encadrant l'exercice d'un droit fondamental; il ne s'agissait pas d'apprécier si un juste équilibre avait été atteint entre la nécessité de protéger un droit fondamental et celle de garantir les libertés de circulation. Il s'agissait d'apprécier l'usage qui a été fait d'un droit, en l'es-

pèce, le droit de mener une action collective (57). Or, l'exercice de ce droit n'est pas une fin en soi, mais uniquement un moyen: il sert à assurer la protection d'autres intérêts. L'appréciation de l'usage fait par la FSU et l'ITF de leur droit de mener des actions collectives impliquait donc de mettre en balance l'intérêt recherché par ces syndicats avec l'intérêt lésé par l'exercice de leur droit. C'est pourquoi la Cour a pu considérer que le seul exercice du droit de mener une action collective, pourtant qualifié de fondamental, ne constitue pas un motif légitime susceptible de justifier une restriction à une liberté de circulation garantie par le traité CE.

C'est ensuite en ce qu'il a admis que la protection des travailleurs constitue un objectif légitime susceptible de justifier la restriction en cause que l'arrêt appelle quelques commentaires. À première vue, il semble conforme au système mis en place par la Cour selon lequel le traité CE interdit non seulement les discriminations directes ou indirectes exercées en raison de la nationalité (58), mais également les mesures qui, bien que de nature non discriminatoire, empêchent ou gênent l'exercice de ces libertés (59). Tandis que les mesures directement discriminatoires ne peuvent être justifiées que par référence à l'un des motifs expressément prévus par les articles 39 et 46 CE, la Cour considère traditionnellement que les deux autres types de mesures peuvent, quant à elles, aussi être justifiées par référence à l'une des exigences impérieuses d'intérêt général.

(50) Point 72 de l'arrêt.

(51) Point 73 de l'arrêt.

(52) Point 74 de l'arrêt.

(53) Point 27, 7) de l'arrêt.

(54) Point 77. Nous soulignons.

(55) Points 80 et suivants.

(56) Point 74.

(57) En ce sens, voir A. DAVIES, « One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ », *Industrial Law Journal* 37 (2008) 126, page 142.

(58) Arrêt de la Cour du 12 février 1974, *Sotgiu*, affaire 152/73, Recueil 1974, p. 153.

(59) Arrêt de la Cour du 25 juillet 1991, *Säger*, affaire C-76/90, Recueil 1991, p. I-4221; arrêt de la Cour du 10 mai 1995, *Alpine Investments*, affaire C-384/93, Recueil 1995, p. I-1141; arrêt de la Cour du 15 décembre 1995, *Bosman*, affaire C-415/93, Recueil 1995, p. I-4921; arrêt de la Cour du 30 novembre 1995, *Gebhard*, affaire C-55/94, Recueil 1995, p. I-4165.





## SYSTÈME JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

Dans l'arrêt *Viking*, la Cour ne s'est pas prononcée expressément sur la nature de la restriction en cause. Néanmoins, la formule employée s'agissant de l'action collective envisagée par la FSU est similaire à celle retenue dans les arrêts *Kraus* (60) et *Gebhard* (61), selon laquelle « les articles [39] et [43] s'opposent à toute mesure nationale qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, des libertés fondamentales garanties par le traité » (62). La Cour semble donc avoir considéré que la restriction apportée par les actions collectives menées par la FSU et l'ITF à la liberté d'établissement de la société *Viking* entrait dans la catégorie des mesures non discriminatoires de nature à empêcher ou à gêner l'exercice des libertés de circulation garanties par le traité CE. Dès lors, il semble tout à fait logique que la restriction en question puisse être éventuellement justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général telle que la protection des travailleurs. Toutefois, la qualification de cette restriction n'est pas aussi simple que la Cour semble le suggérer. On peut, en effet, douter du caractère non discriminatoire des actions collectives en cause : le fait que ces actions étaient destinées à empêcher la société *Viking* d'immatriculer le *Rosella* en Estonie, ou, à tout le moins, à l'obliger à conclure une convention collective de travail avec un syndicat finlandais une fois établie en Estonie, permet de considérer qu'elles présentaient un caractère directement discriminatoire. C'est d'ailleurs la qualification qu'avait retenue la juridiction anglaise de première instance (63), au motif, notamment, que l'action de la FSU avait pour but de protéger les emplois des marins finlandais. Or, dans le cas d'une discrimination directe, seuls les moyens de justification expressément et limitativement énumérés par le traité peuvent être invoqués, et la protection des travailleurs n'en fait pas partie. Il est également envisageable de considérer que les actions collectives menées par la FSU et l'ITF étaient indirectement discriminatoires, en raison du fait qu'ayant pour but de protéger les emplois des marins résidant en Finlande, elles étaient susceptibles de bénéficier principalement aux marins de nationalité finlandaise. C'est d'ailleurs sur le fondement de cette considération que la Cour d'appel anglaise avait admis la possibilité de qualifier les actions collectives en cause d'indirectement discriminatoires (64). L'arrêt témoigne donc une nouvelle fois de ce que les frontières entre les différentes catégories de restrictions prohibées par le traité sont floues. Il ne s'agit effectivement pas du premier arrêt dans lequel la qualification admise par la Cour est

sujette à discussion. Par exemple, dans l'arrêt *Kraus* concernant un étudiant allemand se plaignant de ne pas pouvoir utiliser le diplôme qu'il avait obtenu en Angleterre sans en avoir préalablement obtenu l'autorisation auprès des autorités allemandes, la Cour jugea cette mesure contraire aux articles 39 et 43 du traité CE au motif que, bien qu'applicable sans discrimination, elle était susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, des libertés fondamentales garanties par le traité (65). Cependant, cette mesure aurait tout aussi bien pu être qualifiée de mesure indirectement discriminatoire, au motif qu'elle était susceptible d'avoir un impact plus important sur les nationaux des autres États membres, voire même de mesure directement discriminatoire, au motif que seule l'utilisation des diplômes obtenus dans d'autres États membres nécessitait une autorisation préalable des autorités allemandes. Pourtant, si elles sont floues, les frontières entre les différentes catégories de mesures prohibées par le traité CE n'en sont pas moins étanches. Ceci est tout à fait critiquable dès lors que la détermination des moyens de justification pouvant être invoqués au secours de la mesure restrictive en cause dépend justement de cette qualification préalable. En effet, le système mis en place par la Cour suppose que le domaine des différentes catégories de mesures prohibées soit précisément délimité. Par conséquent, de nombreuses raisons impérieuses d'intérêt général, qui sont de première importance dans l'ordre juridique communautaire, ne peuvent servir de justification à des mesures directement discriminatoires faute d'apparaître dans la liste des restrictions énumérées limitativement par le traité CE. La Cour pourrait alors être tentée de choisir de qualifier la mesure comme non directement discriminatoire, afin qu'elle puisse être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. Le risque se pose donc de l'instrumentalisation des différentes catégories de mesures restrictives, comme en témoignent les affaires dans lesquelles était invoquée la nécessité de protéger l'environnement pour justifier des restrictions causées à la libre circulation des marchandises. En effet, la protection de l'environnement étant une raison impérieuse d'intérêt général (66), elle ne peut, selon le système élaboré par la Cour, servir de justification à des mesures directement discriminatoires, puisqu'elle n'apparaît pas dans la liste de justifications de l'article 30. Pourtant, elle constitue l'un des objectifs essentiels de la Communauté (67). Il est donc arrivé que la Cour, souhaitant visiblement valider des mesures prises dans le but d'assurer la protection de l'environnement, qualifie celles-ci d'indirectement

discriminatoires, alors même qu'elles paraissent pourtant directement discriminatoires (68). Une telle instrumentalisation a été dénoncée, notamment par l'avocat général Jacobs : « la question de savoir si une mesure s'applique ou non indistinctement à des produits nationaux et à des produits importés constitue, d'un point de vue logique, une question préliminaire et neutre. Son unique fonction en vertu de la jurisprudence de la Cour est de déterminer les justifications disponibles. Nous considérons dès lors que, en examinant la question de savoir si une mesure est directement discriminatoire, on ne peut examiner si la mesure est appropriée » (69). Plusieurs auteurs ont, eux aussi, exprimé des doutes sur l'opportunité du maintien de la distinction entre, d'un côté, les justifications des mesures directement discriminatoires, qui se limitent aux motifs expressément prévus par le traité et, de l'autre côté, les justifications des mesures indirectement discriminatoires ou non discriminatoires, qui sont perçues comme moins menaçantes

(60) Arrêt de la Cour du 31 mars 1993, *Kraus*, affaire C-1992, Recueil 1993, p. I-1663.

(61) Arrêt de la Cour du 30 novembre 1995, *Gebhard*, affaire C-55/94, Recueil 1995, p. I-04165, point 37.

(62) Point 32 de l'arrêt *Kraus* et point 37 de l'arrêt *Gebhard*.

(63) Jugement de la High Court of Justice, Queen's Bench Division Commercial Court, rendu le 16 juin 2005, EWHC 2005, page 1222.

(64) Arrêt de la Court of Appeal, Civil Division, rendu le 3 novembre 2005, EWCA 2005, page 1299.

(65) Ibid., point 32.

(66) Arrêt de la Cour du 20 septembre 1988, *Commission c./ Danemark*, affaire C-302/86, Rec. 1988 p. 4607.

(67) Ceci a été établi par la Cour dans son arrêt du 7 février 1985, *Procureur de la République c./ Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, affaire 240/83, Rec. 1985 p. 531. Depuis les articles 174 à 176, constituant le chapitre sur la protection de l'environnement, ont été insérés dans le traité CE. L'importance de la politique de l'environnement pour la Communauté ressort également de l'article 2 du traité qui énonce que « La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté [...] un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement [...] ».

(68) Arrêt de la Cour du 9 juillet 1992, *Commission c./ Belgique*, affaire C-2/90, Recueil 1992, p. I-4431.

(69) Point 225 des conclusions du 26 septembre 2000, *PreussenElektra*, affaire C-379/98, Recueil 2001, p. I-2099.

## SYSTÈME JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE



pour l'exercice des libertés de circulation garanties par le traité et qui pourraient être justifiées, en outre, par référence aux raisons impérieuses d'intérêt général dégagées par la Cour (70). L'arrêt *Viking* remet ces doutes au goût du jour. En effet, en tant que raison impérieuse d'intérêt général, la protection des travailleurs ne peut, en principe, être invoquée pour justifier des mesures directement discriminatoires. Or, cet intérêt n'en constitue pas moins un objectif fondamental de la Communauté (71). Il est vrai que le système de justifications mis en place par la Cour permet de limiter les possibilités de justification des mesures directement discriminatoires qui violent de plein fouet le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité posée par l'article 12 CE. Toutefois, abolir le système en vigueur ne mènera pas nécessairement à la disparition de toute prise en compte de l'éventuel caractère discriminatoire des mesures restrictives. Ne serait-il pas préférable d'envisager un système dans lequel toutes les mesures constituant des restrictions aux libertés de circulation garanties par le traité pourraient être justifiées par référence à la fois aux dérogations visées expressément par le traité et aux raisons impérieuses d'intérêt général dégagées par la Cour, et dans lequel le caractère discriminatoire de la mesure serait pris en compte au stade de l'évaluation de la proportionnalité de la restriction? La discrimination directe deviendrait un critère d'appréciation du caractère proportionnel ou non de la restriction par rapport à l'objectif poursuivi, que ce dernier soit visé expressément par le traité ou considéré par la Cour comme une raison impérieuse d'intérêt général. Il est possible d'imaginer, par exemple, que les mesures directement discriminatoires soient présumées, de manière simple, non proportionnelles à l'objectif poursuivi. Un tel système aurait le mérite d'éviter les inconvénients du système actuel, tout en conservant les avantages. En effet, il permettrait que certains intérêts fondamentaux de l'ordre juridique communautaire, qui ne sont pas expressément visés par le traité et donc considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général, puissent venir justifier tout type de mesures constituant des restrictions aux libertés de circulation, sans pour autant permettre que les mesures directement discriminatoires ne soient trop facilement déclarées compatibles avec le traité.

### B – La proportionnalité de la restriction

Ayant admis que la restriction apportée à la liberté d'établissement de la société *Viking* trouve un motif légitime de justification dans le souci d'assurer la protection des travailleurs, la Cour précise que les

actions collectives menées par la FSU et l'ITF doivent encore, pour être compatibles avec l'article 43, être « propres » à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et [ne pas aller] au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre » (72), soulignant ainsi la nécessité de soumettre la restriction en cause au principal à un examen de proportionnalité.

Le principe de proportionnalité est un principe général du droit communautaire et la Cour exige qu'une restriction causée à une liberté de circulation garantie par le traité CE soit proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit. Elle s'assure d'abord du caractère approprié de la mesure pour atteindre l'objectif légitime poursuivi pour se pencher ensuite sur la nécessité de la mesure, qui implique que l'ampleur de la restriction soit justifiée au regard de l'importance de l'objectif en question. La jurisprudence nous montre que l'intensité du contrôle exercé par la Cour sur les mesures dont elle a à connaître varie au gré des affaires. En effet, la Cour se contente parfois de vérifier que la mesure n'est pas manifestement inappropriée ou renvoie l'examen de la proportionnalité aux juridictions nationales, tandis que dans d'autres affaires, elle se montre plus sévère, recherchant si d'autres mesures, ayant un impact moindre sur les libertés de circulation garanties par le traité CE, auraient permis de protéger l'intérêt légitime invoqué. Le contrôle opéré par la Cour n'est toutefois pas dépourvu de rationalité; il est déterminé par divers facteurs que plusieurs auteurs se sont efforcés de mettre en évidence (73). La Cour tient compte, en premier lieu, de la nature de l'objectif légitime dont la protection est recherchée par la mesure en cause. Lorsque la décision de l'État membre implique des choix de nature politique, qui requièrent en amont une connaissance et une appréciation d'ensemble des diverses exigences nationales en jeu, la Cour a tendance à faire preuve de déférence envers le choix effectué par l'État membre. C'est le cas, par exemple, lorsque la décision est justifiée par la nécessité d'assurer la sécurité nationale ou lorsqu'elle relève d'un choix de politique économique ou sociale (74). En second lieu, la Cour tient compte de la question de la répartition des compétences législatives entre les États membres et les institutions communautaires et se montre réservée lorsque la décision dont elle a à connaître relève avant tout de la compétence des États membres (75). Ainsi en est-il, par exemple, lorsque la mesure est adoptée dans le but d'assurer le maintien de l'ordre public (76). La Cour a enfin tendance à laisser aux États membres une marge d'appréciation certaine lorsque la mesure en cause relève d'un domaine dans lequel il n'existe

pas de consensus entre les pays européens. Ce serait notamment le cas en matière de moralité publique (77).

Afin de se prononcer sur la proportionnalité de la restriction à la liberté d'établissement, la Cour distingue, dans l'arrêt *Viking*, l'action collective menée par la FSU de celle menée par l'ITF. S'agissant d'abord de la question du caractère approprié ou non des actions collectives pour atteindre l'objectif poursuivi, la Cour retient des solutions distinctes. En ce qui concerne les actions menées par la FSU, elle rappelle qu'« il est constant que les actions collectives peuvent constituer l'un des moyens principaux pour les syndicats de protéger les intérêts de leurs membres » (78). À l'inverse, la Cour estime que la politique de lutte contre les pavillons de complaisance menée par l'ITF n'est pas appropriée au but qu'elle poursuit. Elle relève que « l'ITF est tenue, lorsqu'elle est sollicitée par l'un de ses membres, de déclencher une action de solidarité à l'encontre du

(70) P. CRAK, G. De BURCA, « EU Law - Texts, Cases and Materials », OUP, 4<sup>ème</sup> édition, 2008, page 706; P. OLIVER, « Some further reflections on the scope of Articles 28-30 EC », *Common Market Law Review* (1999) 804.

(71) Articles 2 et 3 du traité.

(72) Point 75 de l'arrêt.

(73) Voir, par exemple, G. De BURCA, « The principle of proportionality and its application in EC Law », *Yearbook of European Law* (1993) 105; T. TRIDIMAS, « Proportionality in Community Law: searching for the appropriate standard of scrutiny » in E. ELLIS, « The principle of proportionality in the Laws of Europe », Oxford Hart Publishing, 1999, p. 65; J.-H. JANS, « Proportionality revisited », *Legal Issues of Economic Integration* (2000) 239.

(74) Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 17 octobre 1995, *Leifer*, affaire C-83/94, Recueil 1995, p. I-3231.

(75) Voir ci-dessus, partie I.B.

(76) Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 15 juin 1999, *Heinonen*, affaire C-394/97, Recueil 1999, p. I-3599, qui énonce, en son point 43: « Il convient de relever que les États membres, qui restent seuls compétents pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure, jouissent d'une marge d'appréciation pour déterminer, en fonction de la particularité des contextes sociaux et de l'importance qu'ils attachent à un objectif légitime au regard du droit communautaire, tel que la lutte contre les différentes formes de criminalité liées à la consommation d'alcool, les mesures qui sont de nature à parvenir à des résultats concrets ».

(77) Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 14 décembre 1979, *Henn et Darby*, affaire 34/79, Recueil 1979, p. 3795.

(78) Point 86 de l'arrêt.



## SYSTÈME JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

propriétaire effectif d'un navire qui est enregistré dans un État membre autre que celui dont ce propriétaire est un ressortissant, indépendamment de la question de savoir si l'exercice par ce dernier de son droit de libre établissement est susceptible ou non d'avoir des conséquences préjudiciables sur l'emploi ou les conditions de travail de ses salariés. Ainsi, la politique consistant à réserver le droit de négociation collective aux syndicats de l'État dont le propriétaire effectif d'un navire est un ressortissant trouve à s'appliquer également lorsque le navire est enregistré dans un État garantissant aux travailleurs une protection sociale plus élevée que celle dont ils bénéficieraient dans le premier État » (79). Ensuite, en ce qui concerne la question de la nécessité de l'action collective menée par la FSU, la Cour laisse à la juridiction nationale le soin d'y répondre. Elle énonce, en effet, que « s'agissant du point de savoir si l'action collective ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi, il incombe à la juridiction de renvoi d'examiner, d'une part, si, en application de la législation nationale et du droit conventionnel qui est applicable à cette action, la FSU ne disposait pas d'autres moyens, moins restrictifs de la liberté d'établissement, pour faire aboutir la négociation collective engagée avec Viking et, d'autre part, si ce syndicat avait épuisé ces moyens avant d'engager une telle action » (80). La Cour fait ici preuve de prudence, et cette prudence nous paraît pleinement justifiée. S'il n'existe aucun consensus entre les États membres sur ce qu'exige l'objectif de protection sociale des travailleurs, il est préférable de laisser les juridictions nationales décider, en l'absence d'un standard européen, de la question de savoir si l'action collective menée par la FSU est allée au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi. Comme nous l'avons vu ci-dessus cette approche n'est pas nouvelle. Dans l'affaire *Omega*, lors de l'évaluation de la proportionnalité de la restriction à la libre prestation des services, la Cour a décidé qu'il n'était pas indispensable que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause (81). « S'il est vrai que, au point 60 de l'arrêt *Schindler* (82), la Cour a fait référence aux considérations d'ordre moral, religieux ou culturel qui mènent tous les États membres à soumettre l'organisation de loteries et d'autres jeux d'argent à des restrictions, elle n'a pas entendu, par la mention de cette conception commune, formuler un critère général pour apprécier la

proportionnalité de toute mesure nationale qui restreint l'exercice d'une activité économique. Au contraire, ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence bien établie et postérieure à l'arrêt *Schindler*, la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État » (83). Cette approche devrait permettre de concilier le besoin d'éviter les mesures protectionnistes qui sont dommageables au bon fonctionnement du marché intérieur et le besoin d'assurer une protection efficace d'intérêts légitimes tels la protection des travailleurs.

Le problème de la conciliation, au moyen du principe de proportionnalité, entre les libertés fondamentales et les droits fondamentaux s'est à nouveau posé peu de temps après les arrêts *Viking* et *Laval* lorsque la Cour a eu à se pencher sur la question de savoir comment la protection des droits de l'enfant pouvait justifier une restriction à la libre circulation des marchandises. L'affaire *Dynamic Medien* (84) concernait la compatibilité avec l'article 28 du traité CE d'une réglementation allemande interdisant la vente et la cession par correspondance de vidéosgrammes n'ayant pas fait l'objet, par l'autorité compétente, d'un contrôle ainsi que d'une classification aux fins de la protection des mineurs et qui ne comportent pas d'indication, émanant de cette autorité, de l'âge à partir duquel ils peuvent être vus. Cette réglementation visait à protéger les enfants contre l'information et les matériels susceptibles de nuire à leur bien-être. Après avoir rappelé que l'ordre communautaire protège les droits de l'enfant et que la protection de l'enfant constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité CE, la Cour s'est penchée sur la proportionnalité de la réglementation en cause. Afin de conclure que la mesure semblait proportionnelle, sous réserve de la confirmation des autorités nationales compétentes, elle a notamment fait valoir que « la seule circonstance qu'un État membre a opté pour des modalités de protection différentes de celles adoptées par un autre État membre ne saurait avoir d'incidence sur l'appréciation de la proportionnalité des dispositions nationales prises en la matière. Celles-ci doivent seulement être appréciées au regard de l'objectif en cause et du niveau de protection que l'État membre concerné entend assurer » (85). Si une telle procédure de contrôle est aisément accessible, qu'elle peut être menée à terme dans des délais raisonnables et, si elle débouche sur un refus, que la décision de refus peut faire l'objet d'un recours juridictionnel, alors la

restriction à la libre circulation des marchandises est justifiée » (86). Les affaires *Viking* et *Dynamic Medien* confirment donc que, si la reconnaissance de la protection des droits fondamentaux est communautaire, l'application du concept de proportionnalité aux faits de chaque espèce revient avant tout aux juridictions nationales, ce qui leur laisse une marge de manœuvre importante. L'affaire *Dynamic Medien* montre également la déférence dont la Cour est susceptible de faire preuve envers les autorités nationales. En effet, dans cette espèce, les vidéos en provenance du Royaume-Uni avaient fait l'objet, avant leur importation, d'un contrôle par le British Board of Film Classification (commission britannique de classification des films). On aurait pu penser que ce contrôle garantissait un degré de protection suffisant de l'enfant. Suggérer que la Cour ne reconnaît pas l'importance de la diversité morale, sociale et culturelle au sein de l'Union européenne ne nous paraît donc pas refléter sa jurisprudence relative à la recherche d'un équilibre satisfaisant entre la protection des libertés de circulation et la protection des droits fondamentaux. D'un point de vue juridique, il ne nous reste donc qu'à regretter l'accord confidentiel survenu entre les parties de l'affaire *Viking* qui a privé la juridiction britannique compétente d'une décision concernant la proportionnalité de la restriction à la liberté d'établissement ■

(79) Point 89 de l'arrêt.

(80) Point 87 de l'arrêt.

(81) Arrêt de la Cour du 14 octobre 2004, *Omega*, affaire C-36/02, Recueil 2004, p. I-4609, au point 37.

(82) Arrêt de la Cour du 24 mars 1994, *Schindler*, affaire C-275/92, Recueil 1994, p. I-1039.

(83) Arrêt *Omega*, aux points 37 et 38. La Cour s'est notamment référée à ses arrêts du 21 septembre 1999, *Läära*, affaire C-124/97, Recueil 1999, p. I-6067, au point 36; du 21 octobre 1999, *Zenatti*, affaire C-67/98, Recueil 1999, p. I-7289, au point 34; et du 11 septembre 2003, *Anomar*, affaire C-65/01, Recueil 2003, p. I-8621, au point 80.

(84) Arrêt de la Cour du 14 février 2008, *Dynamic Medien*, affaire C-244/08, Recueil 2008, p. I-505.

(85) Arrêt *Dynamic Medien*, au point 49. La Cour s'est notamment fondée sur les arrêts *Läära* et *Omega* précités.

(86) Arrêt *Dynamic Medien*, au point 50.